

РЕШЕНИЕ ПО ДЕЛУ № 67/15

Резолютивная часть решения оглашена «20» апреля 2016 г.

Решение в полном объеме изготовлено «06» мая 2016 г. г. Новосибирск

Комиссия Новосибирского УФАС России по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства о рекламе в составе:

председатель Комиссии: И.В. Волохина - заместитель руководителя управления – начальник отдела рекламы,

члены комиссии: Е.А Скоп - главный специалист-эксперт отдела рекламы;

М.О. Хрипченко - специалист-эксперт отдела рекламы;

рассмотрев дело № 67/15 возбужденное по факту рассылки на номер заявителя «...» посредством использования подвижной радиотелефонной связи смс-сообщения от 02.12.2014 г. в 10:17 ч. через смс-центр «...» следующего содержания: «Распродажа!!!iPhone 4 по 11 т.р. iPad по 15 т.р. «...» », в качестве отправителя указан номер «...», с признаками нарушения:

- ч.1 ст.18 Федерального закона от 13.03.2006г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее – ФЗ «О рекламе»): распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием,

в отсутствии представителей:

заявителя - <...> - не явился (уведомлен надлежащим образом);

лица, в действиях которого содержатся признаки нарушения законодательства о рекламе – ООО «Армада» - представитель не явился (уведомлен надлежащим образом),

УСТАНОВИЛА:

В адрес Новосибирского УФАС России поступили заявление физического лица (№ 1635 от 25.02.2015 г.), по факту распространения смс-сообщений рекламного характера на телефонный номер заявителя «...» посредством использования подвижной радиотелефонной связи без согласия абонента на получение такой рекламы, что указывает на признаки нарушения ст. 18 ФЗ «О рекламе».

По данному факту Новосибирским УФАС России установлено следующее.

02.12.2014 г. в 10:17 ч. на телефонный номер заявителя с использованием номера

смс-центра +»...» поступило смс-сообщение следующего содержания:

«Распродажа!!!iPhone 4 по 11 т.р. iPad по 15 т.р. «...»

В соответствии с п.1 ст.3 ФЗ «О рекламе», реклама - информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

Объектом рекламирования может быть товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Товар, согласно п.3 ст.3 ФЗ «О рекламе», - это продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Согласно ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Как указывает заявитель, согласие на получение им рассматриваемой рекламы не давалось.

Ответственность за несоблюдение требований ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе» несет рекламораспространитель (ч. 7 ст. 38 ФЗ «О рекламе»).

Рекламораспространитель - лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств (п.7 ст.3 ФЗ «О рекламе»).

Согласно информации официального сайта Федерального агентства связи, номер «...» с которого 02.12.2014 г. в 10:17 ч. на телефонный номер заявителя с использованием номера смс-центра «...» поступило смс-сообщение следующего содержания: «Распродажа!!!iPhone 4 по 11 т.р. iPad по 15 т.р. «...»», закреплен за ОАО «СМАРТС».

В соответствии со сведениями, представленными оператором связи заявителя (вх. № 4394э, № 7538 от 13.08.2015 г.), рассматриваемое смс-сообщение от 02.12.2014 г. 10:17 ч. на следующего содержания: «Распродажа!!!iPhone 4 по 11 т.р. iPad по 15 т.р. «...»», было направлено с использованием номера смс-центра +»...»

28.01.2016 г. Комиссия Новосибирского УФАС России, в материалы дела АО «ПЕНЗА ДЖИЭСЭМ» представлены пояснения и документы (вх. № 346э), согласно

которым в Общество не является рекламодателем рассматриваемого СМС-сообщения.

Общество, выступая оператором подвижной (сотовой) связи, не принимает участие и не имеет соответствующего технологического оборудования для формирования текстов СМС - сообщений и адресных листов их отправки, данные действия выполняются исключительно самостоятельно пользователями сети сотовой связи - абонентами (владельцами оконечного оборудования). Абоненты (контрагенты по заключенным договорам), принимают на себя все возможные риски и ответственность за содержание контента своих СМС-сообщений и трафика (голосовые и текстовые сообщения), в связи с чем, по смыслу п.7. ст. 3 ФЗ «О рекламе», оператор связи не является рекламодателем и не может нести ответственность за содержание "чужого" СМС - сообщения,

П. 1 ст. 44.1. Закона «О связи» установлено, что рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. При этом рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В данном случае рассылка смс сообщения осуществлена по инициативе заказчика рассылки что подтверждается договором № 0110/2/18-05-213 от 01.10.2014 г. заключенного между АО «ПЕНЗА ДЖИЭСЭМ» и ООО "Армада" (614000, г. Пермь, Комсомольский проспект,84; 614017, г. Пермь, ул. Тургенева,д.12, офис 62).

Кроме того, в рамках п. 2.1. указанного выше договора, Исполнитель (ЗАО Пенза-GSM), обязуется предоставлять Услуги по конвертированию телематических протоколов, используемых Заказчиком (ООО "Армада") для отправки SMS-сообщений, в протоколы сетей подвижной связи.

СМСЦ Заказчика (ООО "Армада") представляет собой программно-аппаратный комплекс, производящий посредством действий его пользователя (администратора) действия по формированию текстов СМС-сообщений и адресных листов с указанием телефонных номеров их доставки.

Указанный программно-аппаратный комплекс в рамках договорных отношений по оказанию услуг связи подключен к сети электросвязи АО «ПЕНЗА ДЖИЭСЭМ» и имеет в этой сети статус Абонента (оконечного устройства пользователя). Линия подключения комплекса Заказчика защищена от какого-либо вмешательства любых лиц, включая всех третьих лиц, а также оператора связи, посредством уникального идентификатора - логина и пароля. Протоколы взаимодействия СМСЦ Заказчика с сетью оператора при отправке СМС-сообщений и совершения телефонных соединений полностью аналогичны действиям любого другого абонента использующего мобильный телефон, а именно СМС-сообщение, созданное подключенным СМСЦ Заказчика (мобильным телефоном пользователя) направляется на адрес (номер телефона) указанный Заказчиком. Поскольку все СМС- сообщения любых абонентов проходят через сеть оператора связи, именно

по этому при исходящих сообщениях на другие сети указывается номер телефона отправителя из ресурса нумерации оператора связи.

В соответствии с п. 2.5. указанного договора, формирование текста SMS - сообщения и набор абонентского номера для доставки производится Заказчиком с соблюдением требований действующего законодательства РФ.

Согласно п. 3.2.3. Заказчик обязан получить предварительное письменное согласие от Абонента, на абонентский номер которого будет производиться отправка СМС-сообщений.

В соответствии с данными сертифицированной системы мониторинга сигнальных линков сети "Tekelec" 02.12.2014 г. Заказчиком - ООО "Армада" было отправлено СМС - сообщение, через СМС - центр ЗАО «Пенза-GSM» «...» в адрес номера +«...», при этом в качестве номера для обратного звонка в СМС-сообщении Заказчика был указан номер «...»

Также Общество сообщило, что вышеуказанный договор был расторгнут и с 01.01.2015 г. и подобные услуги им не оказываются.

Таким образом, рекламодателем рассматриваемой рекламы является ООО «Армада».

Учитывая данные пояснения, Комиссия Новосибирского УФАС России приходит к выводу о нецелесообразности выдачи предписания об устранении нарушения законодательства РФ о рекламе.

20.04.2016 г. на рассмотрение дела Комиссией Новосибирского УФАС России представитель ООО «Армада» не явился, отзыв не представил.

Реклама, не соответствующая требованиям законодательства о рекламе, признаётся ненадлежащей (п. 4 ст. 3 ФЗ «О рекламе»).

Рассмотрев материалы дела, Комиссия, руководствуясь пунктом 1 части 2 статьи 33, частью 1 статьи 36 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе», и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе,

РЕШИЛА:

1. Признать ООО «Армада» (614000, г. Пермь, Комсомольский проспект,84; 614017, г. Пермь, ул. Тургенева,д.12, офис 62) нарушившим требования ч.1 ст.18 ФЗ «О рекламе», согласно которой распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признаётся распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием,

а информацию, распространенную 02.12.2014 г. в 10:17 ч. через смс-центр «...» следующего содержания: «Распродажа!!!!iPhone 4 по 11 т.р. iPad по 15 т.р. 7 «...»», ненадлежащей рекламой.

2. В связи с добровольным устранением нарушения предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе ООО «Армада» не выдавать.

3. Не передавать материалы дела уполномоченному должностному лицу Новосибирского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном частью 1 статьи 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с истечением срока давности для привлечения к административной ответственности.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.